



ポスト・リベラリズムと正義：その一論争構図の暫定的素描

著者	植木 一幹
雑誌名	法と政治
巻	71
号	1
ページ	63(63)-112(112)
発行年	2020-05-30
URL	http://hdl.handle.net/10236/00028756

ポスト・リベラリズムと正義 ——その一論争構図の暫定的素描

植 木 一 幹

目次：

I はじめに

1 哲学と民主主義

2 ロールジアン・パラダイムの正義論：正義の善に対する優先

II ^{ポスト}脱・リベラリズム：リベラリズムからは脱すべきなのか？

——コミュニタリアンたちの視角から

1 マイケル・サンデルのリベラリズム批判

2 アラスデア・マッキンタイアのリベラリズム批判

III ポスト・リベラリズムの正義論のありかをさぐる：日本国憲法学の座標軸上でのさまよい (backwards and forwards with my arguments hanging out)

1 考察舞台

2 基本的人権論の一展開：法の下での平等原理とフェミニズム

3 民主主義論の一展開：熟議民主主義論

4 哲学と民主主義：再論

I は じ め に

1 哲学と民主主義

小論はある基本，ある実は深刻な基本をあらためて指摘することから始めたい。

「哲学」（わけでも，「倫理学」「政治哲学」「法哲学」）の業界では，現

在でもなお、いわゆる規範的正義論の論争状況は活況を呈しつづけていてやむところがない、といってよい。それどころか、たとえば、いわゆる平等主義の立場 (egalitarianism) にあつては議論のきわめて著しい内部的精緻化が進行する一方で、論点はドラスティックな壮大化の傾向を帯びるようにもなり、たとえば、やはりいわゆる世代間正義 (intergenerational justice)、また地球的正義 (global justice) といったテーマが積極的に頻々と取り上げられるところとなっている。以上が、現代正義論の今日的な議論状況のごく手短な一描写となつていよう。⁽¹⁾

ところが、同じ「哲学」の業界に住まう人たちのなかには、こんなことをいう人たちがいる。みなさん、そもそもそういった、「哲学者」先生たちのご託宣を仰ぎ見てありがたがる「受け身の」態度で本当によいのでしょうか。国家社会を律する法は、「正義」が実現されることをめざしている——そのこと自体は、前提として認められてもよいかもしれません。でも、ひと事としてではなくわが事として考えてみましょうよ。その「正義」は、みなさん自身が決めるべきことではないのですか。「哲学者」先生たちのなかの誰かの意見が、一意見、one of them 以上の破格の重みをもつ、などとひどく厳粛に受け止めるべき理由、そのようなものがはたしてあるでしょうか。——

現代の規範的正義論の隆盛の一大立役者は疑いもなく、ジョン・ロールズである。⁽²⁾ その「公正としての正義」論の中身については、小論にて事改

(1) たとえば、宇佐美誠／児玉聡／井上彰／松元雅和『正義論：ベーシックからフロンティアまで』（法律文化社、2019年）参照。

(2) Cf. John Rawls, *A Theory of Justice* (First edition, Harvard University Press, 1971, Revised edition, Oxford University Press, 1999); do. (Erin Kelly ed.), *Justice as Fairness: A Restatement* (Harvard University Press, 2001). ジョン・ロールズ『正義論〔改訂版〕』（紀伊國屋書店、2010年）；同（エリン・ケリー（編））『公正としての正義 再説』（岩波現代文庫、2020年）

めて深く立ち入ることはしないが、「無知のヴェール (veil of ignorance)」が掛けられた「原初状態 (original position)」に置かれた人々が確定する「正義」ならば、「ヴェール」が取り払われ人々が実際にどのような境遇にあるかが判明したのであってもどの人も納得して受け容れうる、そのような「正義」が合理的に期されることになるわけであるから、どの方面からも文句の出ようのない、その意味で「普遍的」といえそうな「正義」が示されることになるように見える。なかには、かつてロールズの議論に初めて接したとき、すごい発想力だと驚いた人たちも少なくないのではなかろうか。

ところが、ロールズが結論として示す「正義」が、「哲学者」ロールズ一個人の抽象的な思考空間で発揮されたまさに「発想力」の産物であること、そのことのゆえにこそロールズには非が鳴らされなければならないとする「哲学者」たちがいるのである。こうした「哲学者」たちとしてはたとえば、マイケル・ウォルツァー⁽³⁾、ユルゲン・ハーバーマス⁽⁴⁾、リチャード・

参照。

(3) Cf. Michael Walzer, “Philosophy and Democracy,” in: do. (David Miller ed.), *Thinking Politically: Essays in Political Theory* (Yale University Press, 2007), pp. 1-21. マイケル・ウォルツァー「哲学とデモクラシー」, 所収: 同 (デイヴィッド・ミラー (編))『政治的に考える: マイケル・ウォルツァー論集』(風行社, 2012年), 25-58頁参照。

(4) 「道徳哲学者は、道徳的真理に至る特権的な通路をもってはいない」。Jürgen Habermas, „Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf Diskursethik zu?“, in: ders., *Erläuterungen zur Diskursethik* (Suhrkamp, 1991), S. 30. ユルゲン・ハーバーマス「カントに対するヘーゲルの異議は討議倫理にも当てはまるか?」, 所収: 同『討議倫理』(法政大学出版局, 2005年), 26頁; 河上倫逸/M. フーブリヒト (編)『[ハーバーマス・シンポジウム] 法制化とコミュニケーションの行為』(未来社, 1987年), 43頁 (ただし、小論ではこれらの訳文に必ずしも従ってはいない)。Vgl. Jürgen Habermas, „Diskursethik: Notizen zu einem Begründungsprogramm“; „Die Philosophie

⁽⁵⁾ ローティらが挙げられるが、彼ら自身の思想的立場がとうてい同じとはいえない点がそれ自体興味深い。ウォルツァーは、のちに行論上立ち入ることになるコミュニタリアンと呼ばれる一派の陣営に属する一人とされる。ハーバーマスは、近代という時代のもたらした合理化の思潮をコミュニケーション的合理性という観点からポジティブに捉え返そうとする論者としてつとに著名であり、やはりのちに行論上検討を加えるいわゆる熟議民主主義論の立ち上げにあずかって大いに力のあった一人にも数えられる。ローティについては筆者は十分に承知しているとまではいえないが、いわゆるポスト・モダンの論客の一人と目されている。

上記のように特徴づけられるロールズ正義論に対して（あるいは呉越同舟の趣もあるかもしれないが）そろって不同意の意向を示す上記3名が挙げる理由には、はっきりと共通項がある。それはこういう主張である。すなわち、国家社会を律する法が、「正義」が実現されることをめざしていることは確かだとしてよいけれども、その「正義」はまずもってその社会に実際に暮らす人々自身が民主主義的に決めた「正義」であるべきであっ

als Platzhalter und Interpret,“ in: ders., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln* (Suhrkamp, 1983), S. 76-78; S. 9-28; Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns Band 2* (Suhrkamp, 1981), S. 583ff. ユルゲン・ハーバマス「ディスクール倫理学：根拠づけプログラムのノート」；「哲学者になにができるか」，所収：同『道徳意識とコミュニケーション行為』（岩波書店，1991年），109-111頁（ただし，訳者はある重要な箇所で，致命的な誤訳を犯していることはどうしても指摘しておかなければならない）；1-34頁；ユルゲン・ハーバーマス『コミュニケーション的行為の理論』（下）（未来社，1987年），419頁以下参照。

(5) Cf. Richard Rorty, “The Priority of Democracy to Philosophy,” in: do., *Objectivity, Relativism, and Truth: Philosophical Papers Volume 1* (Cambridge University Press, 1991), pp. 175-196. R・ローティ「哲学に対する民主主義の優先」，所収：同『連帯と自由の哲学：二元論の幻想を超えて』（岩波書店，1988年），163-216頁参照。

て、「哲学者」が書齋で沈思黙考して結論として出した「正義」があたかも格別の傾聴に値する特権性をそなえたものであるかのように意義づけられる理由はない、実のところまったくない——このような論断である。ここに見られるスタンスは一般に、「哲学に対する民主主義の優先 (the priority of democracy to philosophy)」というフレーズで了解されている。「哲学者」たちのなかには自ら考えあつて、われわれ「哲学者」はせいぜいのところ、国家社会で実際に生活を営んでいる人々のいわば〈後衛〉に控えていれば足りる、と「哲学的に」判断し、あえて日本的にいえば〈世間〉に対し、そのようにつつまじやかな態度でいることをよしとし旨としている人たちもいる、ということである。この態度を逆にいえば、「哲学」は〈社会の前衛〉であるべきではない、との主張となろうか。

読み手のかたがたが目下、紛うかたなき民主国家・現代日本で日々を送っておられると仮定させていただいて、もしみなさんが、賢帝の独裁と衆愚政治のどちらかを選べといわれたら、おそらくは極端な選択のさせ方だとお感じになりつつも、結局は後者のほうがまし、となさるのではないか。ところが、ロールズ『正義論』公刊（初版1971年）がその号砲を鳴らす形となった現代の規範的正義論の活況は、少なくともある時期までは一面では、〈神々の争い〉⁽⁶⁾とまで形容するのは大げさかもしれないが、〈賢帝たちの争い〉の風趣のものであったのである。そして、「愚かな」民衆の意見を第一義とはしない高雅な「正義」論は、事柄の性質にかんがみれば「正義」論の基本を外しており、そもそもからしておかしい、とする声は、そうすぐには上がらなかった。

(6) Vgl. Max Weber, *Wissenschaft als Beruf* (Dunker & Humbolt, 1919), S. 26-28. マックス・ウェーバー『職業としての学問』（岩波文庫、1980年）、53-57頁参照。

2 ロールジアン・パラダイムの正義論：正義の善に対する優先

このように、「哲学者」たちが自らの抱懐する実質的な「正義」論をもって、直截に人々を説伏しにかかる姿勢を見せている場合、おそらくは、ひとまずは眉に唾をつけてみる心がけでいることが、むしろ健全な態度というものであると思われる。しかしながら他面、単独で沈黙考する「哲学者」たちが、その頭脳を賭してこれを振り絞り、「民主主義の優先」に対して毅然として「哲学」の挑戦状をたたきつけるその営為の意義を、端から閑却しようとすることもまた理由のない態度である、といわなければならない。

21世紀の今日になってもなお下火になる様子のまったく見えない現代の規範的正義論の初発の基本的な議論構図を、現代という時代についての1つの診断に基づいて提出したのがほかならぬロールズのリベラリズム正義論であるので、正義という主題に取り組むにあたりこれが設定する座標軸をまず確認することから始めよう。それは、〈正義（justice）と善（good）の区別〉、より絞り込んでいえば〈正義の善に対する優先〉と集約的に表現される。この座標軸の影響力はきわめて大きく、ロールズの正義論の具体的な中身につき是非いずれの態度をとるにせよ、このパラダイムをおのれの念頭から消し去り、いわば無手勝流に何がしかの正義論をぶつような論者は、まず一人もいないといってよい。それをここでは、〈ロールジアン（ロールズ流の）・パラダイム（Rawlsian paradigm）〉と呼んでおこう。

さて、ロールズのリベラリズム正義論の理路を追うにあたり、まずは読み手のかたがたが現下この日本の国家社会に生きていると仮定させていたでいて、そのみなさんに自分が置かれている状況をあらためて眺めなおしていただくとおそらくはすぐに気づかれるであろうことから説明を始めた。みなさん一人一人はもちろん、それぞれがそれぞれの価値観をもち、

それを軸として生を送っているはずである。このこと自体はおそらく、人が人として生きるということについての、いつの時代でも当てはまる真理であろう。ところが、この現代にあっては非常に特徴的なことが1つある。周囲を見渡してみよう。自分の価値観とは異なる価値観の持ち主が、それこそいくらでもいることに気づかされるのではなかろうか。この日本も含まれる現代の国家社会とは、歴史上かつてないほどに価値観の多様性を現前させるにいたっている社会であるといえるのである。

このような状況は歴史的に見ると、近代以降の西洋圏における、宗教戦争の終結と市民革命の成就に代表される一連のリベラルな国家社会構造の変革に端を発し、そのグローバルな規模の大きな流れのなかにあるものであるといえる。そこに示されているリベラリズムの思想の要点は次のとおりである。国家社会の統合原理は、特定のたとえば宗教的価値観や道徳的価値観に立って社会全体をその色に染め上げようとするようなものであるべきではない。むしろ、人々それぞれの抱く多様な価値観の共存を可能にするようなものでなければならない。これをやや立ち入って言い換えると、国家社会の統合原理は、次の3つの要件をクリアするようなものでなければならないということになる。1つには、人々それぞれが多様な価値観を自由に追求することを可能な限り許容すること。しかし他方で、そのような多様な価値観の共存を可能にする、それらの価値観が共通に服すべき規範的な規律原理を供与し、価値観相互の衝突を適切に (appropriately)——目下はあえてこのように概括的に表現しておく。ミニマムにのみ敷衍するならば、事柄の性質を的確に勘案して、となろうか——調整すること。そして最後に、そのような規律原理が、人々の抱く多様な価値観のうちのいずれか特定のものに立脚しこれを社会全体に押しつけるようなものではなく、むしろそれらのいずれからも独立に正当化可能なものであること、である。

このようなロールズ流のリベラリズムの考え方において設定されている座標軸が、〈正義の善に対する優先〉なのである。ここで「正義」が、上で述べたような性格の、国家社会の規律原理に相当する。他方で「善」とは、人々それぞれが「善しとして」選びとる自分の価値観、自分の生き方のことであり、「善き生 (good life)」と呼ばれることもある。先に述べたとおり、日本も含めて現代の国家社会にあっては、この善がきわめて多様化するにいたっているわけである。

要はこういうことである。善の多様性は可能なかぎり尊重されなければならない。しかし多様な善の間でのありうべき相互衝突を適切に調整し、それらの共存を図る正義が導入されなければならない。しかし善の多様性が尊重されなければならない、特定の善が格別に優遇されるようなことがあってはならないから、正義はいかなる善も引き合いに出さずに正当化されるようなものでなければならない。——とはいえ、そうでなければならないことはそのとおりではあろうけれども、これはそれ自体非常に困難な課題設定であるといわざるをえない。そもそもそのような「正義」は、どこからどのようにして導出することが可能なのか。「正義」は多様な善の間での相互衝突を「適切に」調整する役割を担うというが、その「適切に」の拠りどころのあてはあるのか。

それはそうではあっても、では、その現代という時代についての1つの診断に基づいてともかくも上記のようなリベラリズムの性格をそなえることを期したロールズ正義論は、そもそもその議論の座標軸設定からして見立て外れの誤りを犯していたのか。そうはいえまいと、少なくとも筆者は考える。〈ロールジアン・パラダイム〉は今日的リアリティに満ちている。

このパラダイム上で、ロールズ自身が具体的な内実あるものとして打ち出した正義論とはその中身が異なる、あるいはそれどころか真っ向から対立する別の正義論（たとえば、ロバート・ノージックのリバタリアニズム

(libertarianism)はその1つに数えられうるであろう)が、説得的な形で提示される可能性は十分にあるであろう。ロールズ正義論がうかつにもしかるべく重きを置くことを怠った点を指弾する各論的な異説が、いつどの方面から寄せられるかも知れたものではないし、現にそのような各種異説(たとえば、正義にかなった国家社会にあって人々がそなえもつべき公徳心の陶冶の重要性を説く公民的共和主義(civic republicanism)の主張は、その主眼とするところが奈辺にあるかの如何によってその意義づけも変わってはこようが、ともあれその種の異説の1つと位置づけうると筆者は考えている)が寄せられるところとなっている。——しかしロールズ正義論を声高に難ずる各様の主張の委細を了解しそれらの意義づけを勘考してみるに、〈ロールジアン・パラダイム〉の枠内のどこかに納まるを見る場合のいかに多いことか。現代の規範的正義論の論者たちの実に多くは今もなお、〈ロールジアン・パラダイム〉上を経めぐって、ある古い楽曲の歌詞をもじっていえば、backwards and forwards with their arguments hanging outといった塩梅であるように見える。

Ⅱ ^{ポスト}脱・リベラリズム：リベラリズムからは脱すべきなのか？ ——コミュニタリアンたちの視角から

「民主主義」を差し置く「正義」論という「哲学」の論題をめぐり、いましばらく「哲学者」たちの業界の様子の変転を眺めよう。というのも、ロールズ『正義論』公刊から10年ほど経ったのちの1980年代に入ってから次々と、〈ロールジアン・パラダイム〉そのものをその根底のところでは揺るがす、その意味で眺めがいのある思想動向の一群が台頭するところとなったからである。この動向はやがて周囲から、〈コミュニタリアニズム(communitarianism)〉⁽⁷⁾と呼ばれるようになった。以下では、マイケル・サンデルとアラスデア・マッキンタイア、この代表的な2人のコミュニタリ

（8）
 アンの所論に立ち入ることとする。〈ロールジアン・パラダイム〉のどこに無理があるとされるのか、就中これを確認されたい。

1 マイケル・サンデルのリベラリズム批判

サンデルは、〈ロールジアン・パラダイム〉においてなされている課題設定の理由をさかのぼっていくと見えてくる、リベラリズムの前提にある

（7） Cf. C. F. Delaney (ed.), *The Liberalism-Communitarianism Debate: Liberty and Community Values* (Rawman & Littlefield Publisher Inc., 1994); Stephen Mulhall and Adam Swift, *Liberals and Communitarians* (Blackwell Publishing, Second edition, 1996). スティーヴン・ムルホール／アダム・スウィフト『リベラル・コミュニタリアン論争』（勁草書房、2007年）参照。

なお、ある一人のコミュニタリアン自身による、この論争に対する・適切に距離のとれた批評としては、cf. Michael Walzer, “The Communitarian Critique of Liberalism,” in: do., *Thinking Politically*, op. cit., n. 3, chap. 7, pp. 96-114. マイケル・ウォルツァー「コミュニタリアンのリベラリズム批判」、所収：同『政治的に考える』（前出注（3））、第7章、180-214頁参照。法理学研究者の目にはこの論争がどのように映ずるかにつき、田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011年）、423-430頁参照。フェミニズムの立場からはどのように評価されるかにつき、cf. Elizabeth Frazer and Nicola Lacey, *The Politics of Community: A Feminist Critique of the Liberal-Communitarian Debate* (Harvester Wheatsheaf, 1993)。

（8） 以下で両論者各々の所論につきまとめて述べるところは、小論筆者の旧稿（「共同体主義〔なお、一個の編著書中での術語の統一の方針上、当時“communitarianism”に対しこの訳語をあてたが、目下の時点では、そのまま「コミュニタリアニズム」と片仮名に起こすほうが本邦での趨勢に合致し、かつ筆者個人としてもそのほうがよいように思われる旨、ここに一言のみさせていただく〕の挑戦：個人と共同体」、所収：平井亮輔（編）『正義：現代社会の公共哲学を求めて』（嵯峨野書院、2004年）、第5章、わけでも119-122、127-129頁）を基礎としつつ、そこでは十分に明晰に述べることのできていなかった箇所について書き改めたり敷衍をなしたりした叙述となっていることを、ここに断り書きとして記しておく。

人間像を問題にする。⁽⁹⁾

リベラリズムにおいては、善は人々一人一人がそれぞれに選びとるべきものと考えられている。多様な善が尊重されるべきとされるのは、それらが各人によって各様に選びとられたものであるからであって、それら自体が尊重されるに値する価値を内包しているからではない。すなわち、リベラリズムにおいてそもそも尊重されるべきと考えられているものは、実はどの善でもなく、むしろどれであれ何らかの善を選びとる個々人の選択能力とその行使それ自体なのである。善自体の価値の如何などは端から度外視されているのである。そしてここには、選びとられる善からはくっきりと区別される純粹選択主体としての人間という像が潜んでいる。この純粹選択主体としての人間は、自分にとっての善き生とはどのようなものかといったような、自分という人間の具体的な中身を彩る一切のものを、もっぱら自分の取捨選択によって形づくっていくような存在であると捉えられる。

逆にいうと、必ずしも自分の取捨選択にはよらずに、力まずに言えば事実上避けようもなく・力んでいえば運命的と形容したくなるような仕方では自分に及んでくる諸々の負荷、たとえば、自分が特定の環境のもとで生きてくる過程のなかでいつしか自分を染め上げてくる、威張れたものであるかもしれないし・そんな代物ではないかもしれない何がしかの価値観——その種のものから完全に独立して屹立しているような存在であると描出してもよい。サンデルはこのように捉えられた人間を、「負荷なき自己 (unencumbered self)」と呼んでいる。そしてサンデルによれば、〈ロールジ

(9) Cf. Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge University Press, First edition, 1982, Second edition, 1998), p. 15ff. M・J・サンデル『リベラリズムと正義の限界〔原著第二版〕』（勁草書房、2009年）、17頁以下参照。

アン・パラダイム〉はまさに負荷なき自己という人間観に立脚することで規範的に成り立っており、同時にそこにこそロールズ正義論の根本的な問題性が見いだされる。

ロールズ正義論の眼目は、彼のいわゆる正義の二原理の提唱と、前出の「原初状態」、ならびに「反照的均衡 (reflective equilibrium)」という独特の諸観念を駆使したその根拠づけにあるとあってよい。ここでは、その正義の二原理の重要な一部をなす「格差原理 (difference principle)」に照準を合わせて、彼の理論の最深層にあるものを明らしてみよう。

およそ国家社会に生きる人々は、それぞれにさまざまな地位を占めている。職業と結びついた地位、所属階層に由来する地位などがその代表例である。そして人々は、そうしたさまざまな社会的地位としばしば相関的な所得を手にし、富を得ている。格差原理は、社会におけるそのような所得と富の分配のあり方を規範的に規律しようとする正義原理である。それはこう命ずる。すなわち、社会的・経済的不平等は、それらが社会の最も不利な立場にある人々の利益を最大化することになるようなあり方をとるべきである、と。

ロールズはこの格差原理の正当性を支える論拠として、次のような洞察を示す。すなわち、上述のようにそれぞれにさまざまな社会的地位を占めて生きている人々は、まさにそのそれぞれの地位に各自厳密な意味で「値する (deserve)」といえるであろうか。ここでもかりに読み手のかたがたが、およそ人が各様に有利な社会的地位に到達するにあたっては各様の資質、それも生来の資質の如何が大いに物をいうと、そう仮定されたとしよう。すると、みなさんにまさに「生来」そのような資質がそなわっていた場合には、事の実相はその根底のところでは「何もしないで丸もうけ」ということであろうし、そなわってはいなかった場合には、「自分のせいでもないのに不遇をかこつしかない」との嘆息に理由あることとなろう。この

「造物主」の気まぐれ＝恣意 (arbitrariness) を座視すべきか。そうした生来の資質は、その持ち主の特権的な所有物と見なされるべきではなく、むしろ社会全体の共有資産 (common assets) と見なされるべきなのである。そして共有資産であるということは、そうした生来の資質のもたらす便益は社会のすみずみにまで及ぼされるべきであるということを意味する。ここから格差原理が導かれるのだ、と。

しかしこの格差原理に対しては、次のような批判がありえよう。すなわち、この原理の命ずるところによればとどのつまりは、ある個人の (恵まれた) 生来の資質が (社会の最も不利な立場にある) ほかの個人の利益となるように用いられることになるのであるから、この原理はある個人をほかの個人のための手段として扱うものにほかならないのではなかろうか。そしてこのことは、先に見たように〈ロールジアン・パラダイム〉の基礎にある、個人一人一人をわけへだてなく尊重するという理念と矛盾しているのではなかろうか。このような批判である。

ここでサンデルは、ロールズはこのありうべき批判に対して、次のような論理で回答することになるはずだと主張する。⁽¹⁰⁾ すなわちロールズによれば、ある個人の諸々の生来の資質はその個人にたまたまたらされたまさに偶然事にすぎず、その個人の自己そのものからは区別されるべきものである。そしてそこからは、ある個人の生来の資質がほかの個人のための手段として用いられたとしても、そのような偶然的属性からは厳然と区別される自己そのものが手段化されることにはならない、という見方がごく自然に出てくるのである。格差原理はまさに個人を手段化してはいないというわけである。

(10) Cf. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, op. cit. n. 9, p. 77ff. サンデル『リベラリズムと正義の限界〔原著第二版〕』(前出注(9)), 87頁以下参照。

しかしそこに現れた、格差原理によって手段化されることなく尊重されたとされた個人の像には、人は当惑せざるをえないのではなからうか。というのも、そこでいう個人は、自分のアイデンティティを一切の経験的属性とは無縁なところに保っている「徹頭徹尾具体性を剥奪された (radically disembodied)」存在であることになるからである。まさに極限まで「負荷なき」自己であるわけである。しかし社会に生きている一人一人の生身の個人を個人として尊重するということの意味を、このように抽象的に指定された「自己」を尊重することとして捉えることが、はたして当を得たものとされうるであろうか。「その人本人はちゃんと尊重している。手段として用いているのはその人の諸々の属性だけだ」——しかしそこでいう「その人本人」に、いったいどのような人間としての中身が残されているであろうか。⁽¹¹⁾ いったい「誰が」尊重されていることになっているのであるか。

サンデルによるこのようなロールズ正義論の読解は、体系的で・かつよく詰められ隙のないものであるように思われる。〈ロールジアン・パラダイム〉の前提する人間像が、本当にサンデルが抉り出したようなものでしかありえないとすれば、この〈パラダイム〉は、案外にも現実味の欠落し

(11) 同旨の指摘は、サンデルが行う以前にもなされたことがないわけではない。Cf. Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Basil Blackwell, 1974), p. 228ff. ノバート・ノージック『アナーキー・国家・ユートピア：国家の正当性とその限界』(木鐸社、1992年)、376頁以下参照。しかしそこでは、ロールズの議論に対する不満の一断片が述べられただけの形に終わっていた。のちになって、ロールズ正義論に対する体系的な批判の一環としてこの指摘を行うことで、正義論一般における人間観問題の不可避免性をはっきりと浮かび上がらせた功績は、明確にサンデルその人にこそ帰せられる、といわなければならない。

た空中楼阁的なものであることが強く疑われることとなろう。ここではその懸念を指摘するのみにとどめる。

2 アラスデア・マッキンタイアのリベラリズム批判

一方、マッキンタイアが展開する議論は、正義と善およびこれら相互の
 関係の仕方についてのリベラリズム流の考え方——つまりはまさに〈ロー
 ルジアン・パラダイム〉が、現に露呈させるところとなっている苦境の源、
 これを思想史をさかのぼって突きとめ、近代以前の「徳 (virtue) として
 の正義」の観念を復権させることを構想する巨視的なスケールのものであ
 る。このマッキンタイアの、オリジナリティある思想史の見立てから・現
 代の規範的倫理学に強いインパクトを与えた——徳倫理学 (virtue eth-
 ics) の再興に先鞭をつけた——実践的な主張にまで及ぶ首尾一貫した見
 解には、彼の主著『アフター・ヴァーチャー』(初版1981年公刊)にて接
 することができる。⁽¹²⁾ この著作名 *After Virtue* からは、彼一流の、〈徳の見
 失われた時代〉／〈見失われた徳を追いかけなおして〉という複合モチー
 フの重奏を聴きとることができよう。

(12) Cf. Alasdair MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory* (University of Notre Dame Press, First edition, 1981, Second edition, 1984). アラスデア・マッキンタイア『美徳なき時代』(みすず書房, 1993年) 参照。

なお小論筆者としては、上記邦訳書名にだけは——訳者として相応に考え抜いたうえでの書名である(同書, 361頁参照)ことは重々承知しているけれども——若干の異論を申し立てたくなるところがある。その理由の一端(すべてではない)は、すでに小論本文にて示唆した。しかし、かといって遺憾ながら、よりの確な代案は容易には見つからない。ちなみに、本書独訳の書名は、*Der Verlust der Tugend: Zur moralischen Krise der Gegenwart* (徳の喪失: 現代の道德的危機によせて) となっている(Suhrkamp, 1995)。やはり端的に過不足なく的確に訳出できているとはいえない。

マッキンタイアの下す結論から先にいうと、〈ロールジアン・パラダイム〉においては、正義と善はある種倒錯した、不毛な不協和音を響かせる関係に落とし込まされている——これが彼の論断である。彼は、この〈パラダイム〉は実は、「情動主義 (emotivism)」という名の、広く現代という時代に確認できるメタ倫理学上の一立場（現象的には、その軽率な規範化）にその根をもつものであると見なす。正義といい善といい、その基本属性は一の当為判断たることに存することに変わりはない。マッキンタイアはこれらを〈道徳〉としてカテゴリ把握する。情動主義は、彼によれば、近代以降啓蒙主義の立場によって試みられてきた、近代以前の道徳についての考え方の枠組を克服・転回しようとする企ての帰結、もっとはっきりいうと、そのような企ての失敗を如実に示すものであるとされる。

今日において、およそ道徳的主張ないし議論、つまり物事がどうあるべきか、どのように行為すべきかをめぐる主張ないし議論は、どのようなあり方をとっているであろうか。一例として、いわゆる人工妊娠中絶の問題を取り上げてみよう。よく知られているように、一方には、人工妊娠中絶は不当に胎児の生命を奪う殺人行為にほかならないがゆえに、道徳的に非難されるべきものであるとする立場がある（「プロ・ライフ (pro-life)」派）。他方には、女性には自分が子を産み育てる生涯を歩むかそれとは異なる生涯を歩むかを自分の意志で決める権利があり、人工妊娠中絶はそのような自己決定権の1つの行使の仕方にほかならないがゆえに、道徳的に是認されるべきものであるとする立場がある（「プロ・チョイス (pro-choice)」派）。

さて、これらの真っ向から対立しあう双方の道徳的主張の相違は、ある面では、それぞれの主張者の抱いている主観的価値観の相違として一般に受け止められている。〈ロールジアン・パラダイム〉において、現代の国家社会においては各人が各様に抱えている主観的価値観としての善が多元

的に並存しているという見方がとられていることは、この点に対応するものであるといえる。しかし他面では、先の双方の道徳的主張はどちらも、「べき (ought)」という語法（当為言明）で自らを表現することによって、その主張内容が単なる主観的なものではなく、それを超えて客観的に妥当する、つまり客観的な通用力をそなえたものであることを、少なくとも標榜している。以上のように、今日において一般に道徳的主張は、主観的なものと捉えられていながらその一方で、客観的な装いをまとっているわけである。この装いは、意図なくまとわれているものであるなら仮装ということになろうし、意図あつてのものであるなら偽装ということになろう。いずれにせよこのような事情のため、主張相互間での議論となると、客観的な装いをまとった主観的な主張を互いにぶつけあうことに終始し・収拾のつきようがないという、およそ有意味に機能しているとはいいがたいあり方をとることになってしまうのである。

そして、この点を直視することから浮かび上がってくる考え方が情動主義である。これは、道徳的主張は客観的な装いをまとっていたとしても、その実は主張者の主観的情緒の表明以外の何ものでもないのだと正面から認めてしまうことを、気後れなしに提唱する立場である。この立場に立つと、道徳的な形姿の主張ないし議論は、その本来の情緒的性格を覆い隠す——意図なくして、であつても有害無益な、意図して、であれば悪質きわまる——欺瞞的な営為にすぎないということになる。⁽¹³⁾

しかしマッキンタイアによれば、道徳というものはかつて近代以前には、まったく異なった物事の捉え方の枠組のもとで、有意味な仕方で機能していたのだという。かつては、人が主観的に抱いている価値観は、端的に所与の事柄とはされなかった。そのような価値観を抱いているその人のあり

(13) Cf. MacIntyre, *After Virtue*, op. cit., n. 12, p. 6ff. マッキンタイア『美德なき時代』（前出注(12)）、7頁以下参照。

方は「その人がたまたまそうであるところのあり方」にすぎないかもしれない、「その人が本来であればそうあるべきあり方」からは乖離しているかもしれない、という視点がとられた。現代風の例を用いていえばこういうことである。ある人が人種差別的な心情をもっていて、それをあからさまに示す発言をしたとする。そして、それに接した人が、そのようないわれのない差別は許されない、人としてしてはいけないことだとたしなめたとする。この「人としてしてはいけないことだ」という言い回しには、論理構造の面から見ると、差別発言をした当人の現状のあり方と、この当人が人として本来そうあるべきと考えられたあり方とを対比し、両者の乖離を指摘し、かつ前者を後者へと導こうとする独特の実践的な視点が含まれていると考えられる。マッキンタイアによれば、道徳というものはかつては、まさにこのような枠組のもとで、人としての本来あるべきあり方、つまりは「善き生」の客観的理念を前提し、そこへと教導しようとする機能を担うものであった。⁽¹⁴⁾

そして近代の啓蒙主義の立場が拒絶したもの、それがまさしく、このように人がそこへと向かうべき目的＝テロスとしての「善き生」の客観的理念を立てることをあえてする目的論的思考枠組一般であったのである。啓蒙主義の立場は道徳の世界を、現に各人各様に抱かれていた主観的価値観としての多様な善と、それらを共通に規範的に規律すべき普遍的な正義とに分裂させて再編成したうえで、後者を合理的に根拠づけることをめざした。カントの道徳哲学から現代のリベラリズムにいたる歴史は、その努力を示すものである。しかしマッキンタイアの見るところでは、そのような正義の合理的な根拠づけは決して成功することがなかった。というのは、およそ上述したような目的論的思考枠組が失われてしまうと、道徳の世界

(14) Cf. MacIntyre, *After Virtue*, op. cit., n. 12, p. 51ff. マッキンタイア『美徳なき時代』（前出注(12)）、64頁以下参照。

の実相は、マッキンタイアにいわせればニーチェが最終的に暴露したように、各人が自分の意志を互いに突きつけあう事態以外のものにはなりえなかったからである。率直な情動主義は、ここから必然的に帰結するところを、まさにただ率直に口にただけのものにほかならない。

しかしその一方で、現代においても当為言明は、かつて目的論的思考枠組のもとで帶有していた客観的なものへの志向性を、抹消しがたい名残として残している（なぜ抹消しがたいのかは、それ自体1つの、哲学的に独自に追究されるに値する実に興味深い人間的な〈謎〉である、と目下は受け止めるにとどめておこう）。ともあれここに、先に指摘されたような類の〈仮装〉あるいは〈偽装〉を出回らしめることになるその源が確認される。このようにして現代における道徳の世界は、かつて有意味に機能していた思考枠組が破壊されたのちに残された、断片化され無秩序化された世界であると診断されることになる。⁽¹⁵⁾

そこでマッキンタイアは、近代以前の道徳についての思考枠組を復権させることをめざすことになる。ここでその委細に立ち入ることは小論の論脈上控えるが、その思考枠組にあつては正義は、形式的ではあるが・それ自体として擁護可能という意味で客観的な理念たりえている「善き生」についてのある1つの構想、これがまさに生きられるにあたり必要とされる

(15) Cf. MacIntyre, *After Virtue*, op. cit., n. 12, p. 1ff., 109ff. マッキンタイア『美德なき時代』（前出注(12)），1頁以下，134頁以下参照。

なおこの点、マッキンタイアと同じくコミュニタリアンであるとされるウォルツァーによる、今日のまさに「断片化された」現実を率直に見つめるところから発せられる、マッキンタイアのいわば「規範的悲観」への批判となっている指摘は、簡明で興味深い。Cf. Walzer, “The Communitarian Critique of Liberalism,” op. cit., n. 7, p. 99. ウォルツァー「コミュニタリアンのリベラリズム批判」（前出注(7)），185-186頁参照。

諸徳のうちの1つに数えられる。このような構図立ては、多くの現代人には〈ロールジアン・パラダイム〉に比し、あるいはいかにも異形のものとも映ずるかもしれない。しかしながら、現にまさにわれわれの周囲には、情動主義の跋扈が見受けられはしないか。その思想史的な源を上述のような流儀にて看破するマッキンタイアの議論には、本当に理由がないか。目下は、ぜひその点をご一考されることをのみ、促させていただくにとどめておく。

Ⅲ ポスト・リベラリズムの正義論のありかをさぐる：日本国憲法学の座標軸上でのさまよい (backwards and forwards with my arguments hanging out)

1 考察舞台

以上見てきたように、まずそもそも、「哲学」が「民主主義」を差し置き、自ら実質的な「正義」論を説いて、国家社会のあり方を先導していこうとする姿勢それ自体に対し、多様な名だたる幾人かの哲学者たち自身によって、強く否が唱えられている。

その種の正義論のうち、斯界にて1つの〈パラダイム〉を敷くところとなっているとすらいえそうな巨大な影響力を有している理論が、ロールズのリベラリズム正義論である。そこで続いて、そのロールズ正義論に対し、あるいはそこに潜む人間観が少なくとも問題含みのものであるとの見地から、またあるいは、大局的に思想史を通覧するにロールズ正義論は〈近代〉の破綻、より正確な描写を期すならばいわばその支離滅裂、そのまさに渦中にある了解不能のものとする見地から、ともども非を鳴らすコミュニタリアンたちの立論を瞥見した。これを通じて、ロールズ正義論は、民主主義に対する「越権」の問題をひとまず脇に置き1つの哲学として独立に見た場合でも、少なくとも懐疑の目で見られうる理論であることは露見した

ものと思われる。

ここで、法の基礎をなす価値の1つ、ないし法によってその実現がめざされるべき価値の1つとしての正義という地点にまで降り立ったうえで、1つの出なおしを試みてみたい。そのような正義を、「哲学に対する民主主義の優先」テーゼをあらためて念頭に置きつつ、まさにその逆を行って、民主主義によってではなく哲学によってこそ根拠づけられるべき一法的価値と意義づける。むろん民主主義が大事であることは当然ではある一方、先のテーゼはそのまま全面的には受容されえず、本当のところでは、法的正義を根拠づける哲学も少なくとも同様の重みをもって大事であることを、首肯に足るところとすべく努める。以下ではこのような試みに、小論の読み手のかたがたにあつてはすでに比較的なじみあるところかと推測される、日本国憲法（以下、基本的にはこれを指して単に憲法と略す。ただし例外的に、一般的な観念としての憲法に言及することがあるが、そのような場合は〈憲法〉と表記する）学の座標軸上にて取り組んでみることにしたい。

これから行おうとする試みは、最も広くは実践哲学一般において、その最先端で取り交わされている議論を追おうとするものではない。いわば、灯台がその長大な射程をもつサーチ・ライトでもって、そのような〈最先端〉を照射しようとするようなものではない。「灯台下暗し」という表現があるが、その案外にも「暗い足下」に、今後の議論の進展のための小さな礎ともあるいはなるようであればとの意図のもと、ささやかながら一照明を当ててみようとする試みるものである。このような作業が、今日的意義なしと断ぜられるような仕儀とはならないことを願う。

ともあれ、始めよう。「足下」に照明を当てるわけであるから、まずはこの現代日本の国家社会が実のところどのようなあり方をしているか、それを確認するところからになる。少なくとも以下の諸点は押さえておく必要があろう。

すなわち、現下日本では、主権在民であり、民主主義が採用されており、立憲主義が採用されており、基本的人権の尊重が期されており、そして社会は資本主義経済のもと、私的自治空間としてある。

以上を、より法の論理に編み込ませて述べなすならば、こうなろう。すなわち、人権保障のために権力を制御する任にあたる憲法がある（近代立憲主義）。ただし、民主主義的正統性を携えた立法権力をも制御しなければならない。端的に換言するならば、民主主義そのものをも制御しなければならない。「民意」に基づく民主主義といえども、実は「無敵」ではない。のちにふれる熟議民主主義にあっても、この事情に変わりはない。あるいは、変わりはないとぜひ捉えられるべきである。⁽¹⁶⁾ いずれにせよこの点に、近代立憲主義に固有の難しさがあるといわなければならない。⁽¹⁷⁾

しかしながら、秩序の創出とその維持のために、権力は主として刑法を通じて発動されなければならない。いかに潜在的に危険なものであろうとも、権力は発動される必要があるのである。とはいえその一方で、その発動は罪刑法定主義の原則により制御されなければならないし、「応用憲法」たる刑事訴訟法による制約も必須である。

ここまでの準備により初めて、私的自治空間という民事法の領分が開拓・確保される。⁽¹⁸⁾

(16) というのも私見によれば、この立場から発せられる立論のなかには、熟議を尽くしたうえで形づくられる「民意」を規範的に格別視する傾きはややもすると看取されるものもあり、その格別視の過剰が懸念されるからである。

(17) なおこの点に関連して1つの、念頭に入れておくのもよいかもしれない・歴史的経緯に即した説明として、小嶋和司『憲法学講話』（有斐閣、1982年）、第2講「憲法典」、42-43頁参照。

(18) 念のためここで一言しておく、以上においては法の1つの（唯一の、ではない）論理の連鎖にのっとって体系的な叙述を試みたが、ここから、〈私的自治空間という民事法の領分〉が、他の諸領分がいわば「控除」さ

憲法／民法／刑法が基本的法分野とされる理由は、以上のようなロジカルな有機性に求められる。しかし史的現代法段階にあっては、私的自治空間における必然事たる社会的・経済的弱肉強食至上主義化の事実上の全面放置はもはや規範的に許されることではないとされ、経済法（そのコアをなすのは独占禁止法である）／社会法（そのコアをなすのは労働法および社会保障法である）が導入される。——現代日本の国家社会の歴史的現在はこのようにある。

この歴史的現在を規範的に律しているその総体を、ここで試みに「国憲（Verfassung; constitution）」と呼ぶことにする。これは、従来の憲法学において「固有の意味における〈憲法〉」ないし「実質的な意味における〈憲法〉」として観念されてきたところのものにはかならないことになろう。

とはいえ、こう手短く宣しはしたものの、この議論は実のところ、事柄の複雑微妙な性質上、非常なきめ細かさを期して行う必要がある。

まず、上記においては、「固有の意味における〈憲法〉」ないし「実質的な意味における〈憲法〉」として観念されてきたところのもの、などとひとくくろ雑に言及したが、これらの両観念は「結局同一の事柄を指してい⁽¹⁹⁾る」ことには相違ないとはいえ（ちなみに、ドイツ語にいう〈国法

れたのちに現出するところのものであるかのように理解しては決してならない。むしろ、若干の誇張は入るがあえていえば、そのような他の諸領分はすべて、民事法の領分を準備・開拓・確保すべきことに仕えるいわば従属的な位置を有する、というように把握されなければならない。その理由を了解するには、西洋法史通史を顧み、理念として措定されたいわゆる近代法秩序における私法の公法に対する優位、というコンセプトをあらためて確認するのみで足りる。

(19) 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995年）、16頁；同『日本国憲法論』（成文堂、2011年）、20頁。

(Staatsrecht)〉もまた同一の事柄を指しているという点、指摘をしておく)、分析的抽出の着眼点が異なる点には、明晰に思考するうえでは、はっきりと注意を要する。

出発点となるのは、次のような思考である。よく知られている法諺として、「社会あるところに法あり (Ubi societas, ibi ius)」というものがあるが、これの趣旨をこう捉えてみる。〈社会〉の対義観念はまさに端的な〈カオス〉である。これを逆にいえば、〈そこ〉がカオスではない（そうとはいかにしても考えられない）とすれば、〈そこ〉には、カオスを〈律して〉社会にしている／カオスが〈律せられて〉社会にせしめられている、という事態があるはずである。この〈律する〉その総体を〈法〉と把握する。この把握は抽象的な概念把握でもあるが、現に目の前に事実として社会があると確信されることと相関している把握である点で、具体的な把握でもある。ここで、この原初的な〈社会〉を〈国家〉とは別の何かとはあえて見ず、またこの原初的な〈法〉を〈憲法〉とは別の何かとはあえて見ないとき、ここに「固有の意味における〈憲法〉」ないし「実質的な意味における〈憲法〉」の観念が成立する。両観念は、対社会の関係における根源性の点で、まさに事柄として同一である。「憲法」典化されているか否か、それどころかそもそも成文化されているか否か、また、〈律する〉そのなし方の如何、これらの一切は問題ではない。この段階でいう〈憲法〉をドイツ語では Verfassung、英語では constitution という。

これら Verfassung/constitution の主要なところが基本的に「憲法」典化された形式で妥当している (gelten; be valid) とき、これを「形式的な意味における〈憲法〉」という。基本的にすべてその種の法典化がなされることなしに妥当しているとき、そのすべてを「実質的な意味における〈憲法〉」という。1つには、この別が可能である。これを佐藤は、「事柄の存在様式」に着眼しての別であるとする。法源論上の別、とも換言されえよ

う。一方、上述の *Verfassung/constitution* が、わけても特殊近代立憲主義の思想に彩られたものとして妥当しているとき、これを「立憲主義的な意味における〈憲法〉」といい、翻って元に戻り、そのような特殊思想に彩られるがごときの規定を受けない文字どおり *Verfassung/constitution* 一般のことを、「固有の意味における〈憲法〉」という。このもう1つの別を佐藤は、「事柄の性質」に着眼しての別であるとする。厳密に最も素朴な意義にはじまり・原理的には数多きあまりない変種の派生を許す、法としての存立の意義の如何の別、の一局面であると——「立憲主義的」であるか否かの別は、そのような相対化の認められえぬ絶対的な別、とされることに理由あるならば別論となろうが、さもなければ——了解されようか。⁽²⁰⁾

さて、このような分析的考察の準備のうえに立って、「足下」の現代日本の、実質的な意味における＝固有の意味における *Verfassung/constitution* のいかに妥当してあるかを把握することを試みてみよう。

1 つには、実質的な意味における *Verfassung/constitution* の法源は、日本国憲法典に限られるわけではない、そもそもおよそ成文法／不文法のいずれでもありえさえする、という点をここで思い起こす必要がある。いかなる実質的な意味における *Verfassung/constitution* も、何らかの観点から再構成ないし追構成 (*Rekonstruktion od. Nachkonstruktion*) 的整序が施されないかぎり、およそロジカルな有機性をそなえて立ち現れることを⁽²¹⁾もそもそえないが、ここで史的現代法という観点を自覚的に採るならば、

(20) 佐藤『憲法〔第三版〕』(前出注(19)), 15-16頁; 同『日本国憲法論』(前出注(19)), 19-20頁参照。

(21) しかるに、およそいかなる再構成ないし追構成も、選択的 (*selektiv*) (目下は、「操作的 (*operational*)」という形容も「可謬的 (*fallibel*)」という形容も、ともども避けておく) たることを免れえない、点にも当然に留意が必要であることはいうまでもない。西洋近代法史の、小論のものとは

現代日本の実質的な意味における *Verfassung/constitution* は大略、憲法／民法／刑法をそのコアとしつつ、この民法の領分に対し、経済法が規範的規制を・社会法が規範的配慮を行う、という構造をとる総体として了解されうる。ところで、これはあくまでも1つの観点からする再構成ないし追構成例ではあるが、その点はともあれこれにおよそ〈憲法〉の邦語呼称を与えることは、あたかもそれが一法典として表象されうる何ものであるかのような誤解をまねく傾向を生み、実際に対応する事柄の形姿の的確な把握から、非常に遺憾にも、はるか遠くかけ離れさせる働きしかなさなのではないか。

いま1つには、固有の意味における *Verfassung/constitution* につき、先述のように了解したところに従い、現代日本にあつては、その固有の意味における *Verfassung/constitution* は立憲主義的な意味における *Verfassung/constitution* として妥当している、との趣旨で事を捉えることが、的確とされるところ。ところで、基本的人権の保障のために権力を制御する任にあたることを旨とする近代立憲主義には、固有の困難があり、そのことは先に本文にて指摘したとおりである。すなわち、民主主義的正

別の再構成ないし追構成の一例としては、vgl. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns Band 2*, op. cit., Anm. 4, S. 522ff. ハーバーマス『コミュニケーション的行為の理論』（下）（前出注（4）），358頁以下参照。法という〈媒体（Medium）〉の特質にこだわりを示す独特の見方である。この〈媒体〉を経由して〈貨幣〉と〈権力〉が投下され、生活世界（Lebenswelt）の、言語的相互交流を基盤とした基本構造が壊されていく副作用が進行する、とされる。これは、現代におけるいわゆる〈法化（Verrechtlichung）〉論争の呼び水の1つとなった議論である。ハーバーマスの当時の問題関心の背景を知るには、vgl. Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Verrechtlichung: Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse* (Athennaeum, 1980)。

統性をそなえた立法権力をも制御しなければならない。この正統性は国民主権原理に発するものであるだけに、人権保障を錦の御旗とするだけでは、つねに容易に規範的に制御しきれものではない。しかるに、その制御の任を規範的に免れることもまた、そもそも権力制御がその本来的な任なのであるから、容易ではない宿命下にある。この論点が鮮明に浮上する一局面としては、正統性ある立法が創出した私的自治空間内部における人権侵害に対する救済が規範的に承認されるべきか否か（端的にいえば、いわゆる人権の私人間効力如何）、の問題局面が挙げられうる。ここで翻って考えるに、目下問題にしている、このように複合的な規範的動態の総体そのものを指すともいえる *Verfassung/constitution* に対し、〈憲法〉の邦語呼称を与えることは、やはり先の場合と同じく、対応する事柄の形姿的確な把握から、かけ離れさせることにしかならないのではないか。

（ちなみにある論者は、この問題局面との関連で、「……憲法の人権保障と民法・刑法などの法律秩序とは全く独立した法秩序ということではなく、あるいは重なり合い、あるいは法律秩序に不足するところを直接に補うというような関係にあることがより重視されて然るべきではないか⁽²²⁾」とするが、ここには、論者が端的には「憲法」典中心主義的思考に未だ囚われている面があるいはなおあることをうかがわしめるものがある、と評されよう。この点、この論者は爾後の学説状況の進展を受け、実質的な後継書⁽²³⁾では、相応にニュアンスを異にする説明を与えているが、これにつき小論の関心からあえていえば、それはやはり未だ、「憲法」典中心主義的思考を脱しきったところに成り立つ説明とはなっていない、と評されるべき面を残している。）

——以上が、小論において試みに「国憲」の呼称が採られることになる

(22) 佐藤『憲法〔第三版〕』（前出注(19)），440頁注(1)。

(23) 佐藤『日本国憲法論』（前出注(19)），168-169頁参照。

理由である⁽²⁴⁾。

以下では、わが国のこの「国憲」のありように関わる舞台上にて、「哲学に対する民主主義の優先」テーゼの是非如何をめぐる一考察を行いたい⁽²⁵⁾。

2 基本的人権論の一展開：法の下の平等原理とフェミニズム

日本国憲法14条1項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」と規定する。いわゆる法の下の平等原理を宣した法条である。法文においては「差別されない」というように消極的に規定されているところではあるが、むしろ積極の方向で、「法の下においてフェアな処遇を請求しうる権利」としての1つの基本的人権の国民個人に存することを述べた趣旨に解されるべき、かつ、当然に立法者を拘束するものと解されるべき規定である。

ところで、およそ人権とは、基本的にはどのような種類・性質の権利と

(24) 以上の拙い考察のすべてにわたって、小嶋『憲法学講話』（前出注(17)）、第1講「憲法と憲法典」、1-29頁、第2講「憲法典」、30-51頁；小嶋和司／大石眞『憲法概観〔第7版〕』（有斐閣、2011年）、1-4、12-17頁から学ばせていただいたところきわめて大なるものがあることを、特記させていただく。

(25) 以下で取り扱う問題構制を、その一般性を下っていく順序で述べると、哲学と民主主義の優先順位問題、哲学としての位置価を有すると解されるべき基本的人権の、国憲規範下における位置価問題、憲法典の表現する一憲法規範原理としての法の下の平等原理の、国憲規範下における位置価問題、法の下の平等原理と民主主義の間での、国憲規範下における相対的位置価問題、フェミニズムと熟議民主主義の間での、国憲規範下における相対的位置価問題、となろう。小論は最終的に、論旨を円環的に戻し、「哲学に対する民主主義の優先」テーゼとの関わりで、一結論に論結させることをめざしている。

捉えられるであろうか。憲法学者・佐藤幸治は、「人権観念は、人間存在の複雑さに対応して、理念的な性格のものから具体的なものに至るまで、多様なものを包摂しており、法秩序（憲法典）に対して批判的視点をもっていることは否定できない」と述べる⁽²⁶⁾。人をやや戸惑わせるかもしれないところを含む言い回しではあるが、その主旨は、先に導入した〈国憲〉の観念にも依拠するならば、次のように把握されよう。

すなわち、人権とは基本的には、いわゆる「自然権（*Naturrechte*; *natural rights*）」として捉えられるべきものである。それは、現行憲法典がその保障を直接に謳っているという理由のみによって、尊重される種類・性質のものではない（超憲法典的権利）。現行憲法典の表現する憲法規範から、その保障の含意が引き出されうるという理由のみによって、尊重される種類・性質のものでもない（超憲法規範的権利）。現行法規範秩序＝現行国憲から、その保障の含意が引き出されうるという理由を決め手として、尊重される種類・性質のものですらない（超国憲的権利）。むしろ、以上のすべてを超えた次元に、その妥当根拠をもつところの種類・性質のものである。佐藤はこの点を指摘しているものと解される。

人権観念の究極的な規範性をこのようにきわめて高度な次元に見据えおくことには、あるいはある種の高邁の志の突出した・まさに幽玄なる観念論そのもののように受け止められざるをえないところがあるかもしれない。しかし、人権観念の究極をこのように捉えることを忘れないでおくことには、ほかならぬわが国自身の憲政史からぜひとも学ばれるべき、1つの強い理由があるのである。その理由とはすなわち、この点を忘れることはいわゆる「外見的立憲主義（*Scheinkonstitutionalismus*）」化と背中合わせである、ということである⁽²⁷⁾。ここではその旨を端的に指摘するにとどめてお

(26) 佐藤『憲法〔第三版〕』（前出注(19)），393頁。なお、同『日本国憲法論』（前出注(19)），122頁も参照。

く。

このような特殊な性格をもつ人権は、事柄の性質上、いわゆる「法律の留保」の類の付される外見的立憲主義に事態が堕すおそれにおびやかされるようなことなきを期すのであれば、まさに「哲学的に」その根拠づけがなされなければならない、と考えられる。この目下の論脈では人権は、民主主義に対し、規範的に劣後し・否定されることもありうるようなものとはおよそ原理的に考えられえない。法において、「哲学」があえて「民主主義」に優先すべき一局面であると捉えられるべきところであろう。

ここで法の下の平等原理に話を戻し、この原理が、「法の下においてフェアな処遇を請求しうる権利」としての人権、とパラフレーズされうることをあらためて確認したうえで、議論を〈ロールジアン・パラダイム〉ののちとして表現しなおすなら、この人権の保障は、善ではなく正義に属する事柄、ということになろう。すなわち、法の下の平等原理は、一正義原理と端的に把握されることが最も当を得ている。

さて、わが国の憲法は、上記の趣旨の人権の保障として了解されるべきところの法の下の平等原理を、いわばその拠って立つ総論的〈正義〉の1

(27) 佐藤『憲法〔第三版〕』（前出注(19)），7，384-385，389-391頁；同『日本国憲法論』（前出注(19)），8，63，114，115-116頁参照。なお，わが国にあって，大日本帝国憲法制定と帝国議会開設期以前の時期までをも含めた，明治維新时期以降第二次大戦敗戦時までの期間における，国憲史という意味における憲政史が，あえてきわめて大雑把にネーミングするなら，江戸幕府武家憲政をある面では引き継いでいるというべき明治藩閥政府憲政期，帝国憲法制定後の政府超然憲政期，議院内閣制の理念ののちりかけた政党政府憲政期，そしてその崩壊ののちの翼賛政府憲政期，とたどれる歴史であった——そのようにも描出されうるであろう独自の憲政史をわれわれは経験した，という事実を，ここで併せ思い起こしてもよいかもしれない。佐藤『憲法〔第三版〕』（上掲），65-71頁；同『日本国憲法論』（上掲），55-63頁参照。

つとして明確に打ち出したうえで、そこから派生すると解されうるこれもいうならば各論的〈正義〉として、1つには、15条3項において「成年者による普通選挙を保障する」と規定して両性の参政権平等を謳い、いま1つには、24条2項において「家族に関する事項に関して」「両性の本質的平等」を明言する。これらは、リベラリズムの理念の両性への普遍的適用の動向の具体化の一部として理解することができ、そのように解しうるところからまた、いわゆるリベラル・フェミニズム (liberal feminism) の永きにわたる権利獲得運動の諸成果として意義づけることができる。⁽²⁸⁾

しかるに、わが国においては今日なお、〈法的レヴェルにおける男女平等と現実生活における不平等との落差〉⁽²⁹⁾が指摘される。その一大象徴が、現在でも、あらゆる方面でとされても過言ではないと指弾される、いわゆる〈ガラスの天井 (glass ceiling)〉の相も変らぬ横行ぶりである——そう⁽³⁰⁾いわれる。この〈落差〉の厳存する状況、〈天井〉の横行する事態は、すでに導入した〈国憲〉の観念を活用していうと、わが国においては憲法上両性の平等が保障されるところとなっではいるが、国憲上、国家社会の全面において、そのような保障がゆき届くところとはなっていない、それどころかそのような水準からはかけ離れている、と描写されうることになる。

現状がこうになっていることの理由の説明の少なくとも1つは、先に瞥見した史的現代法の成立史、つまりは史的現代国憲の成立史に求める

(28) Cf. Valerie Bryson, *Feminist Debates: Issues of Theory and Political Practice* (PALGRAVE MACMILLAN, 1999), pp. 9-11. ヴァレリー・ブライソン『争点・フェミニズム』(勁草書房, 2004年), 12-14頁; 大越愛子『フェミニズム入門』(ちくま新書, 1996年), 33-37頁参照。

(29) 大越『フェミニズム入門』(前出注(28)), 36頁参照。

(30) Cf. Bryson, *Feminist Debates*, op. cit., n. 28, p. 137f. ブライソン『争点・フェミニズム』(前出注(28)), 181-182頁参照。

ことができる。この点については、目下の論脈では、そのような史的舞台で広く語られうるいわゆる〈公／私二元区分論〉の光と影が大きく関わってくる。

この公／私二元区分論はこの語順のとおりに呼称されるのが通例ではあるが、その意義の変転は、西洋近代におけるいわゆる〈私法／公法二元論秩序〉の成立、そして爾後のその法史的＝国憲史的展開、この一連の流れとの関わりをにらみ合わせること抜きにはしかるべく了解することのできない事柄であるので、以下では暫時操作的に、私／公二元区分論、と語順を入れ換えさせていただく。

さて、上記〈私法／公法二元論秩序〉とは一般に近代法秩序と呼ばれ、大略以下のような秩序である。すなわち、まず、およそ事柄を〈私^{わたくし}の事柄〉と〈公^{おおやけ}の事柄〉に——まさに私／公に二元的に区分する。〈私^{わたくし}の事柄〉には、〈純然たる私的なこととされた事柄〉と〈資本主義自由市場経済上の事柄〉とが割り振られる。ここで前者には、従来一般型の理解によれば、私人男女間で形づくられる家族の領域が対応する。⁽³¹⁾ 後者には、自由・

(31) 現在の議論水準にのっとっていえば、この領域は、純粹なく個〉としての〈私〉の領域と、家族をもその一形態として包摂するところの〈親密圏 (intimate sphere)〉の領域とに、さらに区分されて捉えられる。この点を一主題として取り上げる文献としては、齋藤純一（編）『親密圏のポリティクス』（ナカニシヤ出版、2003年）を挙げておく。なお、田村哲樹『政治理論とフェミニズムの間：国家・社会・家族』（昭和堂、2009年）、83-85頁も参照。田村は近著『熟議民主主義の困難：その乗り越え方の政治理論的考察』（ナカニシヤ出版、2017年）において、そのかねてより独自に練り上げられた〈政治〉観念（「公的営みとしての政治」）をさらに発展させながら適用する形で、「親密圏における熟議」についていっそう踏み込んで論じている（主として第6章）。明晰できわめて興味深く注目されるが、遺憾ながら、小論にて目下これに立ち入る論脈を設ける余裕はない。

対等・独立の法人格の持ち主たちが契約の自由を行使しあう経済社会という意味における、市民社会の領域が対応する。⁽³²⁾これらの領域は〈私法〉の領分とされる。

一方〈公の事柄〉には、〈政治行政〉が割り振られる。参政権の行使される領域はここにあたることになる。ここは〈公法〉の領分とされる。——そのうえで、自由で対等な独立者間関係を以て築かれる私的自治空間を保護する私法は、公法に優位するとされる。私的自治空間への公法による介入は、原則として認められない。

しかしすでに上述したように、これは市民こそをその主役として立てる巧妙な美しい秩序であるかに見えて、その実は社会的・経済的弱肉強食至上主義化を必然事化する。そこで、史的近代法は規範的にしかるべく補完されるべく、現代法へと更新されて現在にいたっている。

ところが、ここまでの一連の経緯、紛うかたなき1つの善意に基づく努力⁽³³⁾には、——男性にとっては実にご都合よろしきことだと、女性から嫌味

(32) やはり現在の議論水準にのっとっていえば、このような〈市民社会〉観念は狭きに失しているとされ、いわゆる〈公共圏 (public sphere)〉をも自らの枢要な構成要素として内包するところの領域として、〈市民社会〉は再把握されるにいたっている。立ち入って論じている文献としては、山口定『市民社会論：歴史的遺産と新展開』（有斐閣、2004年）；坂本治也（編）『市民社会論：理論と実証の最前線』（法律文化社、2017年）を挙げておく。

(33) 小論筆者は年来、少なくとも西洋圏における、遅くとも近代以降の法史学については、これを〈正義論（とその実践）の史学〉と形容することもあるいは許される一面が認められようかと思考してきている。

本文ですぐのちに述べる・「暴露」されるところとなった背後の事情に照らせば、明敏なフェミニストたちからは、このような筆者の救いがたく愚鈍なることを痛罵されること必定ではあろうが、これに対しては、〈一面〉は確実にあった、そこまで根こそぎ否定されるとすれば、それもまた事の公平な捉え方とはいえない、との応答をさせていただくこととなろう。

の1つもいわれるも仕方のないような芳しからざる——ある構造的な陥穽⁽³⁴⁾があった。その事情は、いわゆる「家父長制 (patriarchy)」の温存、それ

——ただしこの応答は、フェミニストたちによる・事の実相の「暴露」の貢献を、いささかなりとも軽んずる趣旨のものではない。

- (34) この概念はもともとは人類学上のものであったが、これをフェミニズムの先導概念として初めて用いたのは、ラディカル・フェミニストとされる、ケイト・ミレットであるとされる。Cf. Kate Millet, *Sexual Politics* (First edition: 1970, Columbia University Press, 2016). ケイト・ミレット『性の政治学』(ドメス出版, 1985年) 参照。続いて、同じくラディカル・フェミニストとされるシュラミス・ファイアストーンがこの概念を、ミレットの場合とは同じではない意味において用いた。Cf. Shulamith Firestone, *The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution* (First edition: 1970, Verso Books, 2015). シュラミス・ファイアストーン『性の弁証法: 女性解放革命の場合』(評論社, 1972年) 参照。一方、マルクス主義フェミニストとされるハイジ・ハートマンもこの概念を、独自の位置価を与えて用いた。Cf. Heidi I. Hartmann, "The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: Towards a More Progressive Union," in: Lydia Sargent (ed.), *The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: A Debate on Class and Patriarchy* (Pluto Press, 1987). ハイジ・ハートマン「マルクス主義とフェミニズムの不幸な結婚: さらに実りある統合に向けて」, 所収: リディア・サージェント (編)『マルクス主義とフェミニズムの不幸な結婚』(抄訳, 勁草書房, 1991年) 参照。この概念をその最広義において用いているといえる著作の1つとしては, Sylvia Walby, *Theorizing Patriarchy* (Blackwell, 1990) を挙げることできよう。

——このように、「家父長制」概念の概念解釈と位置づけをめぐる事情ははなはだ入り組んだものとなっている。「家父長制は、あらゆる文化、時代、地域、社会、観念体系に貫通している女性抑圧システムである一方、その具体的形態は、時と所によって多種多様に現れるので、その定義は必ずしも容易ではない。各フェミニズム理論は、その理論的必要性に従って各自の家父長制の定義をもつからである」(大越『フェミニズム入門』(前出注(28)), 160頁)。このような事情を前に一定の整序された見通しの1つを得るためにはさしあたり、マルクス主義フェミニズムの立場から「家父長制」概念の多様な意義、多様化していく経緯、そしてこの概念の困難

どころかその固定化的強化に加担する仕儀となっている、という点に確認
(35)
できる。史的現代法は、まさに女性における、一方では経済面での自立で

を詳しく論ずる、経済学研究者・森田成也『資本主義と性差別：ジェンダー的公正をめざして』（青木書店、1997年）、第1章、第2章、31-81頁参照。十分に中立的な、きわめて有益な説明となっている。事態の把握にあたり「家父長制」概念をすら下位の一概念と位置づける彼独自の総合的な見立ては、同書第4章、第5章、117-190頁にて集約的に展開されている。——もっとも、遺憾ながら小論筆者自身は、この「家父長制」概念の捉え方につき未だ定見はもてていない。以下、あえてそのままく捉えがたきものとして、話を進めさせていただくこととする。

なお事典／辞典上での説明としては、cf. Lasa Tuttle, *Encyclopedia of Feminism* (Arrow Books, 1986), p. 242f.; Maggie Humm, *The Dictionary of Feminist Theory* (Prentice Hall / Harvester Wheatsheaf, Second edition, 1995), pp. 200-202; Sonya Andermahr / Terry Lovell / Carol Wolkowitz, *A Concise Glossary of Feminist Theory* (Arnold, 1997), p. 159f. リサ・タトル『フェミニズム事典〔新版〕』（明石書店、1998年）、285-286頁；マギー・ハム『フェミニズム理論辞典』（明石書店、1999年）、230-232頁；ソニア・アングマール／テリー・ロヴェル／キャロル・ウォルコウィッツ『現代フェミニズム思想辞典』（明石書店、2000年）、258-259頁；井上輝子／上野千鶴子／江原由美子／大沢真理／加納実紀代（編）『岩波 女性学事典』（岩波書店、2002年）、78-81頁がある。しかし、やむをえないことではあるが、これらの種類の文献にある短い記述に接しても、〈家父長制〉の何たるかにつき理解の整理が多少なりとも進むことはあっても、その存立の〈謎〉が、腑に落ちるように解けるにいたらしめられることはない。

- (35) 「男性による女性の労働力の支配の合理的理由とされるのが、近代資本制下の性別役割分業システムである。このシステムのもとで女性は、家庭内の一切の再生産労働を搾取され、家庭外において、男性中心の市場において低賃金、悪条件の周辺労働者に位置づけられている。この資本主義的家父長制の性差別的労働支配は、資本家たちのみならず、労働者側においても受け入れられてきた。階級闘争の中にも家父長体制が組みこまれ、男性運動家への女性運動家の従属が当然視された」（大越『フェミニズム入門』（前出注(28)）、163頁。併せて、210-212頁も参照）。なお、cf. Bryson, *Feminist Debates*, op. cit., n. 28, p. 14f., 19, 98, 130f. ブライソン

『争点・フェミニズム』(前出注(28)), 18, 23-24, 129-130, 173頁参照。

ここに成立している問題構制には、「資本主義的家父長制 (capitalist patriarchy)」「(ないし「家父長制的資本主義 (patriarchal capitalism)」)との呼称が与えられることがある。その理解に資する端的な説明として、井上／上野／江原／大沢／加納(編)『岩波 女性学事典』(前出注(34)), 177, 81-82頁参照。この事典における古田睦美の説明によれば、「資本主義的家父長制」とは、「フェミニストが構築した家父長制概念を史的唯物論の観点から精緻化するとともに、資本主義(＝階級支配)と家父長制(＝性支配)を弁証法的に統一することを企図して構築された概念」であるとされ、「歴史的に変容し、経済構造や階級抑圧とも関係をもちながら、資本主義と一体となって作用する1つの抑圧体制」を言い表そうとする概念であるとされる。かつ、この概念は未だその十全な確立への「途上にある」とされている。以上につき、併せて、cf. Valerie Bryson, *Feminist Political Theory* (Third edition, PALGRAVE, 2016), pp. 195-197. この概念をどのような構図のなかで捉えるかに関わる最新の理論的動向の1つに批判的検討を加える論考として、森田成也「資本と労働力の社会的再生産：社会的再生産理論(SRT)を手がかりとして」、所収：『思想』1152号(2020年4月), 47-64頁参照。

なお、必ずしもフェミニストではない政治学研究者・田村哲樹はその著作『政治理論とフェミニズムの間』(前出注(31)), 70-72頁において、「フェミニズムにおける公／私区分批判の論理」の骨子の概括を試みているが、私見によれば、田村はこの時点では、目下の論点のいかにパラドキシカルであるか、その深みに十分に気づくことができていない。しかしながら、後論107-108, 151-153頁において、「史的現代法」でも「資本主義的家父長制」でもなく「福祉国家」という媒介項を通じてではあるが、実質的にこの論点につき正確に把握している。ジェンダー概念によって着色された福祉国家の形姿の描出については、cf. Diane Sainsbury (ed.), *Gendering Welfare States* (SAGE Publications, 1994); do., *Gender, Equality and Welfare States* (Cambridge University Press, 1996); do. (ed.), *Gender and Welfare State Regimes* (Oxford University Press, 1999). 深澤和子『福祉国家とジェンダー・ポリティックス』(東信堂, 2003年)参照。ただし深澤はつとに、現代福祉国家のパラドキシカルな双価性^{アンビヴァレンス}にも気がついている。同書, 15, 20-21, 28, 33-35頁参照。

——上記のことは、目下取り上げている問題構制には、複数の・一応は

はなく（「稼ぎ手（breadwinner）」たる男性への／いわゆる福祉政治行政への）依存の加速化，他方では，もはや道理の見いだしがたい性別役割分業意識の（同じく「稼ぎ手」たる男性による／いわゆる福祉政治行政による）いっそうの固定化，という，虚を突くような力学の源たる位置価値を実は有していることが判明する・ないし暴露されるところとなったのである。説
このからくりを見抜くフェミニズムは，近代法のアンフェアネスを正義への志のもとに是正しようとする史的現代法を，パラドキシカルな言い回しにはなるが，肯定できる面は確かにあるけれども，拒まざるをえない面も負けず劣らず大きいとして，結論的には批判し斥けざるをえなくなるのである。これが事の複雑さわまる実相である。

これはいったいどういう状況と理解すべきなのであろうか。すべては，ともかくこのどうにも根の深すぎることだけは確かであるような〈家父長制〉なる正体不明なるものの成立・存続の究極因は奈辺にありや，への回答が可能か，にかかっている。それは一般に，男女間の〈経済力格差〉，つまりはいわゆる下部構造に存するのであろうか。それともやはり一般に，男女間をめぐる〈性別役割分業意識〉，つまりは，やはりいわゆる上部構造に存するのであろうか。ここではあえてゆるく捉えて——そうすべき一
応の理由もある⁽³⁶⁾——いうと，前者に力点を置いて事態を把握しようとする

相異なる問題関心ルートからアクセスしようということ，逆にいえば，この問題構成は，そのいわば系（corollary）として種々多様な争点構図を内包しているということ，を伝えるところとなっている，と解される。

- (36) 先に注(34)にて言及したような事情から，特定の基準でもって厳格なカテゴリ分けをあえて行おうとすると，そこにはおそらくは必ず何がしかの強引さが生ずることとなろうと推測されるからである。逆にいうと，〈家父長制〉概念で観念される事柄そのものが，そもそもその本性上複合的に凝固した何事かであるため，「割り切れた」分析，さらには還元を困難にせしめる一面を帶有している，ということであるのかもしれない。

立場は、「マルクス主義フェミニズム (Marxist feminism)」と呼ばれる。後者こそが首魁と見なす立場は、「ラディカル・フェミニズム (radical feminism)」と呼ばれる。むろん現実複雑で、いずれか一方の立場が、それこそ一方的に説得的であるなどということはある⁽³⁷⁾。

ともあれいずれの立場も、〈正義〉をめぐる争う立場であることに相違はない。そのことを了解するためには、これまでの議論すべてが、法の下での平等原理に発する議論であったことをあらためて想起しなおせば足りる。いずれの立場にあっても、その原点はまさに「ジェンダー対等 (gender-equality)」の理念にあることが明確に押さえられるべきである。どちらも、ポスト・リベラル・フェミニズムという意味におけるポスト・リベラリズムを先導する機をうかがう正義論上の一立場である。この点の確認をもって、ここは締めとしておく。⁽³⁸⁾

3 民主主義論の一展開：熟議民主主義論

さて、「哲学」としての基本的人権論の一展開を眺めたところで、次に、「哲学」優位懐疑派たちによればこれに対し「優先する」とされる「民主主義」、これをめぐるある1つの新しい理論展開に目を転じてみよう。それは、熟議民主主義と呼ばれる理論展開である。

(37) Cf. Bryson, *Feminist Debates*, op. cit., n. 28, pp. 16-31, 55-59, p. 61ff., 140f., 143. ブライソン『争点・フェミニズム』(前出注(28)), 19-39, 70-74頁, 78頁以下, 184-185, 187-188頁; 大越『フェミニズム入門』(前出注(28)), 38-56, 61-65頁参照。

(38) なお小論の、器の十分に大きくもない論脈上今般は取り上げることができないが、筆者の視界には、近時のいわゆる「男性学」の展開も入っていないわけではないことを、ここで一言のみさせていただきたい。Cf. Bryson, *Feminist Debates*, op. cit., n. 28, chap. 9: The Problem of Men. ブライソン『争点・フェミニズム』(前出注(28)), 第9章: 男という問題; 田中俊之『男性学の新展開』(青弓社, 2009年)参照。

まず、事の基底的前提についての認識の共有を図るところから始めたい。一般に、史的現代国憲下にあつて〈民主主義〉は国民主権原理に発する事柄であるがゆえに、その実践は国憲の〈正統性 (Legitimität; legitimacy)〉の〈根拠〉の源としての意義を担う、と把握されるべきである。民主主義は、国憲のいわば屋台骨を支える任務を引き受ける枢要な立場に位置しているわけである。立法権について憲法41条が、国家議会たる「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である」と規定するのは、この理を表すものである。なお、このように理解されるべきことから、小論においては、本条の解釈につき、いわゆる「政治的美称」⁽³⁹⁾説は採ることができない。

そのうえで、以下の2つの点を指摘しておきたい。

すなわち、まず1点目として、民主主義は一面でははっきりと、「権力の創出 (と発動)」を志向するベクトルを有している、という点である。たとえば、代表制民主主義下における議会選挙は、立法権力の創出の営みにほかならないといわなければならないであろうし、立法には国家社会規律を決然と期した権力発動行為である面があることは、瞬時省みれば実は自明のところであろう。⁽⁴⁰⁾

(39) 芦部信喜 (高橋和之〈補訂〉)『憲法〔第七版〕』(岩波書店, 2019年), 305頁参照。

(40) 強調されることが必ずしも十分ではないとかねてより感ぜられていることであるが、いわゆる立法権も行政権も司法権も、端的には一の国家権力の分散の所産にほかならないわけであるから、おのおのすべて国家権力としての側面をいささかも失ってはいないことが留意されるべきである。今日、「国家権力」が言及される場合にはしばしば、まずは政府権力ないし行政権力が想起されがちであるように思われるが、他の立法権も司法権も、立法／司法を担う国家権力としての側面がはっきりと念頭に置かれる形で、把握される必要がある。立法府の一員になること、すなわち選挙にて当選を果たすことも、司法府の一員になること、すなわち判事ないし判

しかるに、「哲学に対する民主主義の優先」論は、しばしばうかつにも、上記の点を看過しがちである。看過して、たとえば、「法哲学者」が一〈哲学〉として何らかの人権論を提唱すると、それは「越権」だとのみ難じおき、それで一蹴しようとする。しかしながら、たとえば、性表現の自由という形をとって〈権力からの自由〉が人権として、あるいは、女性参政権否認は理由なき不当との旨を以て〈権力への自由〉が人権として、まさに一〈哲学〉として主張されたとき、それを上記の論法一本で「一蹴」せんとするのは、道理の判断において過剰に硬直してはいないかとの反応を呼ぶだけなのではなかろうか。

そうはいつても、民主主義のもつ二枚腰のポテンシャルを把握しそこなうこともまた、あつてはならないことである。これが、指摘しておきたいことの2点目である。

すなわち、そもそも立法権力を創出する民主主義は理の当然として、その消極的創出、つまり抹消をあえてすることもできる。先に具体例として出した議会選挙の局面を再想起していただければ、ここでこれ以上の解説は要しまい。

しかし、上記のことをあらためていっそう構造的に述べなすならば、民主主義のポテンシャルの懐の深さは、次の2つの要素の内包されてあることとして表現されうる。

1つには、民主主義は、国家社会を規範的に規律する立法権力の発動、これそれ自体を規律する任を担いうる。

いま1つには、その規律の仕方としては、選挙の例で示唆したような立

事補に任官することも、ともども権力の座に就くことを意味していること、このことはつねに意識されているべきである。加えて、それぞれの権力者集団内部では等しく、さらに主導的権力の奪取闘争が繰り広げられることになることはいうまでもない。

法権力主体の変更可能性の留保といった素朴なオプションのみならず、また別種の意義深いオプションが構想可能である。それは、立法権力の発動のあり方、つまりは国家社会を規律するあり方、要は立法のあり方、——まさにそのプロセスのクオリティのドラスティックな向上をめざす構想である。この立場こそが、「熟議民主主義 (deliberative democracy)」と呼ば⁽⁴¹⁾れる、近時台頭著しい立場にほかならない。

(41) 広くこの立場を表明する——具体的な立論には多少なりとも相違がありつつも——代表的な文献の主なもの挙げるならば、cf. Bernard Manin, “On Legitimacy and Political Deliberation,” in: *Political Theory*, Vol. 15, No. 3 (1987); Joshua Cohen, “Deliberation and Democratic Legitimacy,” in: James Bohman and William Rehg (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press, 1997), pp. 67–91; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Suhrkamp, 1992), bes. Kap. VII und VIII; James Bohman, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy* (MIT Press, 1996); John S. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations* (Oxford University Press, 2000); Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* (Harvard University Press, 1996); do., *Why Deliberative Democracy?* (Princeton University Press, 2004); James S. Fishkin, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation* (Oxford University Press, 2009). ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性：法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』(上)(下)(未來社, 2002・2003年), とくに(下), 第7章, 第8章; ジェイムズ・S・フィッシュキン『人々の声が響き合うとき』(早川書房, 2011年); キャス・サンスティーン(那須耕介(編))『熟議が壊れるとき：民主政と憲法解釈の統治理論』(勁草書房, 2012年) 参照。

以上のような諸文献に現れる多様な熟議民主主義の立場を、田村哲樹『熟議の理由：民主主義の規範理論』(勁草書房, 2008年), 32頁以下は、〈手続主義的〉と形容されうるものと〈過程論的〉と形容されうるものとに大別し、田村当人は後者に与する旨明らかにしている。

ただし、小論筆者としては、これまでの、とりわけ一基本的人権論として展開した拙論の論旨に照らしても、田村が上掲書中(33頁脚注(5))で

事実上 Bohman とともに斥けていると解される“precommitment model” (cf. Bohman, *Public Deliberation*, op. cit., pp. 47-53) については、より慎重な取り扱いがなされるべきではないかと考えている。そもそも外見的立憲主義の一権化そのものであった大日本帝国憲法のもと、さらに、民主主義との比較のうえであえて積極的に、立憲主義的な意味における憲政そのものを否定する全体主義 (totalitarianism) 期／翼賛議会期を歩んだ経験をそう遠くはない過去にもつわが国と、民主主義への信頼が (少なくとも筆者などの目からすれば驚くほど) 厚いアメリカ合衆国とでは、理論の適用にあたって踏まえられるべき文脈が相当に異なるといわざるをえないこと、われわれはこの点にもっと自覚的になる必要がありはしないであろうか。

なお、田村の別稿「立憲主義・代表制・熟議民主主義：自由民主主義と熟議民主主義の関係をめぐって」、所収：全国憲法研究会 (編)『憲法問題 [26]』(三省堂, 2015年), 109-119頁, とくに109-111頁も参照。結論から先にいうと、小論と田村の間には、そもそも論の前提認識からして径庭があること明らかであるといわざるをえない。田村はこう述べている：

「単純化して言えば、司法における判断も、①権利保障を規定した条文の存在を前提に、②司法という制度の場で、③一定の合理的推論能力を持つと推定されるアクターとしての法曹が『熟議』するという『手続』の下では、『正しい』決定が得られる見込みが相対的に高まる、というものである。つまり、司法プロセスにおける『正しい』答えの保証も、あくまでこの種の『手続主義』の範囲内でのことである。熟議民主主義との違いは、専門家 (法曹) による『熟議』か、非専門家による熟議『民主主義』かの違い、ということになる」(上掲論考110頁)。

——田村には、近代立憲主義についての小論の次のような理解は共有されていないようである。すなわち、この思想の本旨は、自然権として理解された基本的人権の侵害されることなきを期して、歴史を顧みるにこれを最も侵害しがちであった国家権力をまずは一極集中させずに複数に分散させ、かつその1つとしての、民主主義的正統性をそなえた立法権力をも制御することをあえてする、というところに見られるとする理解である。自然権としての人権の保障のためならば、必要とあらば民主主義的正統性を破る制御をもあえてする、というところにポイントがあるのであって、破る主体は第三者機関である必要はあるであろうが、司法府の実務法曹集団が熟

小論の論脈においては、この理論の基本性格は、立法についての1つの一般理論たる⁽⁴²⁾ところに見いだされることになる。もっとも、この理論を説く人々は実際には、いわゆる公共圏論をまで視界に収める発展性豊かな立論⁽⁴³⁾をなしている。しかしながら目下はこの理論を、あえて上記のように絞

議を通じてこれを行うか否かは完全に副次的なことで、かりに違憲法令審査が完全に上記のとおりで行われたとしても、これを立法府の議員集団による熟議を通じた立法と事柄の性質上通底するもの、違いはある種の程度問題、と見なすことには、牽強附会の気味はどうしても残ろうかと小論筆者には思われる。

(42) あるいは、小論のこの第Ⅲ章があくまでも「日本国憲法学の座標軸上でのさまよい」とどまるものである以上、努めて拮据して捉えるにしても、ごくクラシカルな意味における「政治過程 (political process)」についての理論、をも超え出た一般性の次元にある立論として捉えることは、目下は断念されざるをえない。このことは、小論が、熟議民主主義の各論者の所論を、これに歪曲を伴う矮小化を加えたうえで扱うことになることをおそらくは例外なく帰結しよう。しかし以下では、その点を重々承知のうえであえて、拙い論を進めさせていただく。このように強引な小論の論旨が、その意義をせめていくばくかは失わないで保つところとなることを祈るのみである。

(43) Vgl. Habermas, *Faktizität und Geltung*, op. cit., Anm. 41, Kap. VIII. ハーバーマース『事実性と妥当性』(下)(前出注(41)), 第8章; 平井亮輔「対話の正義: 対話的正義論とデモクラシーの可能性」, 所収: 同(編)『正義』(前出注(8)), 255-256頁; 田村『熟議の理由』(前出注(41)), 第5章, 121-143頁, 目下の論脈との関わりでは123-133頁, とくに123-128頁参照。

しかし、上記の論者たちの立論においては、ハーバーマースのタームでいうと、意見形成/意思決定の区分とその間の媒介、しかも前者から後者への媒介の保たれてあることの必須性の強調はなされているが、そのような媒介が、「代表者」による「代表する」という行為によってなされる、という局面に対し考慮がしかるべく払われてはいない憾みがあるように思われる。念頭に置かれるべきはむしろ、意見形成/代表行為/意思決定、の三区分別ではななろうか。公共圏において意見形成を行う熟議は、それとつながる制度的な政治的意思決定に「先立つ」ばかりではない。まさにそのつなげる行為にあたる「代表する」という行為こそがまた、引き続き

「代表される者」と熟議をしつづけて、「代表」すべき内容を見いだすことに努めつづけることを要請するのである。この動態的な局面を看過ないし軽視すべきではない。

その点、代表制民主主義 (representative democracy) がそのポテンシャルを真にフル稼働させうるための条件の1つとして、「代表する者」と「代表される者」の間での、前者が「代表」すべき事柄の具体的な内容を「見出していく」ための、前者選出の前後を問わぬ継続的な「熟議」の必須性を挙げる、三浦まり『私たちの声を議会へ：代表制民主主義の再生』（岩波書店、2015年）、8、14、29-30、194頁も、議論の論脈を建設的に拡張させる・具体性に満ちた議論として、ここでぜひ注目されてしかるべきである。

この三浦の主張はバランスのとれたものと評しうが、この主張を、なぜ「代表制」民主主義なのかを鮮明にする意図であえて「極端な形で表現」しなおしたものと解されうる、早野誠『代表制という思想』（風行社、2014年）における次のような議論もここで引いておこう。当を得ている一面はあろうかと思われる：

「熟議民主主義の難点は、民意の問い直しを行う主体がそのまま民意の主体でもある、という点にある。あらかじめもっている民意と、問い直される民意とのあいだにある距離は、制度的に確保されているものではなく、市民や有権者の自覚と努力に依拠している」（203頁、強調引用者）。「代表制の特質は、そして代表制の意義は、直接民主制と比較して民意を反映しないことにあるのであり、民意を反映しないことによって民主主義を活性化させることにある」（194頁、強調原著者）。代表は「民意の主体たる市民の選好を受けとり、それを明確な政策体系にまとめあげようとする。〔原文改行〕市民にとってみれば、本来有している民意が他人によって変化させられることになるので、その意味では民意は歪められる」（204頁）。しかしながら、代表制における一見したところ反民主主義的とも見なされそうなこの側面は、「代表は代表であることそれ自体によって総合的な視点と判断力をもつように強いられる」（194頁）ことのアドヴァンテージによって十分に埋め合わされうる。かつ、「代表制を採用したとしても市民の意見をとり上げることになら矛盾はない」（195頁）ことが留意されるべきである。

なお併せて、早野誠「代表制民主主義におけるつながりと切断」、所収：

り込んで捉えておく。

この理論の出発点は、いわゆる選好 (preference) の端的な所与性を斥けるところにある。〈民主主義〉の何たるかについては種々の理解がありうるところではあろうが、1つには、それは次のような思想、すなわち、人々の間での議論、ないし、ときにはそれを補完する・ときには代替する営為としての投票、に基づく意思決定方式によって、決めるべきを決めていくことを提唱する思想——こう捉えることが可能であろう。このとき、人々は、自らの「善しとする」ところ＝選好に従い、議論においては意見を表出し・投票の場ではまさに票を投ずるものと考えられる。

このとき、この〈選好〉が、議論、ないしこれをしかるべくヴァージョン・アップした熟議 (deliberation) を経ることで変容する (transform) ——ときには、誰にとっても当初は思いもよらなかった方向に——可能性をそもそも認めるか、認めるとして、それがより善くなる方向での変容でありうることを、率直に積極の意義を付して認めるか、それとも、上記のような意義の付される変容なるものを一切認めないかで、立場は2つに分かれる。このうちの前者、すなわち、積極の意義を付して認める、それも、その熟議当事者たちの選好の変容は究極的には、原理上の無理が指摘されない以上は〈共通善 (common good)〉にまで至りうると主張することをもためらわない立場——そこで力説される可能性に民主主義の理論的希望を見いだす立場が、まさに熟議民主主義にほかならない。⁽⁴⁴⁾

宇野重規 (編) 『つながる：社会的紐帯と政治学』 (政治の発見 第4巻、風行社、2010年)、155-186頁も参照。

- (44) なお、熟議民主主義のアドヴァンテージとしてはこの点のみならず、ほかにも種々のものが挙げられるが、それらをまとめて知るためには、cf. Maeve Cooke, "Five Arguments for Deliberative Democracy," in *Political Studies*, Vol. 48, No. 5 (2000), pp. 947-969. 平井「対話の正義」(前出注(43)), 241-242頁参照。

熟議民主主義の論者によれば、人々の初期選好を所与とし・熟議を通じてその変容の可能性に背を向ける従来一般型の民主主義論は、貧困と形容され批判される。⁽⁴⁵⁾その理由は、その種の理論においては、共通善の見いだ

ちなみに、この民主主義論でいわれる〈熟議を通じた選好の変容〉なるものが、必ずしもそうなまやさしいものではないことは認識しておくべきであろう。『十二人の怒れる男 (12 Angry Men)』(1957年)という有名な映画作品がある。未見のかたがたもおられるかもしれないのでここでそのあらすじを述べることは控えておくが、これはあるシチュエーションにおける理性的な熟議の様子を描いた作品である、とすることはおそらく許されるところであろう。その熟議自体は、ある一人の大人の大人が、苦渋の落涙を強いられながら、理性的な〈選好の変容〉を経験するところで終わる。落涙は、その選好が当人にとっての世界観 (Weltanschauung) レヴェルのものであったことに由来する (小論筆者はそう解釈した)。ここには、〈理性的であること〉のある種の暴力性が示されているように思われる。この点をどう評価するかはいろいろでありうるであろうが、この作品の、熟議後の速やかに収束していくラストシーンまでの演出のされ方からは、ときに〈暴力〉になりうるにしても、〈それにもかかわらず〉依拠すべきはまずは理性であり、そのスタンスは、今回〈暴力〉を受けた当人にすら得心されるほどの高次の普遍性をそなえている——そのようなメッセージが受けとれようか。むろんこの一メッセージ自体、論争に開かれたものであろうことはいうまでもない。

(45) Cf. Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (Third edition, Harper Perennia, 1950); Theodore J. Lowi, *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States* (Second edition, Norton, 1979). J・A・シュムペーター『資本主義・社会主義・民主主義〔新装版〕』(東洋経済新報社, 1995年); セオドア・ロウィ『自由主義の終焉: 現代政府の問題性』(木鐸社, 1981年) 参照。

(46) Cf. Frank Cunningham, *Theories of Democracy: A Critical Introduction* (Routledge, 2002), chap. 9, p. 164f. フランク・カニンガム『民主政の諸理論: 政治哲学的考察』(お茶の水書房, 2004年), 第9章, 244-246頁; 大矢吉行「熟議民主主義論の展開とその政策理念: 市民参加・熟議政治・合意形成」, 所収: 足立幸男/森脇俊雅 (編)『公共政策学』(ミネルヴァ書房, 2003年), 第22章, 346-347頁; 平井「対話の正義」(前出注(43)), 241

しの可能性が当初から締め出されているので、得票総数とか効用総量とかといった、数量の論理のみがまかりとおる民主主義しかありえないことになり、民主主義の、〈共通善に基づくより善き国憲規律〉をもたらすことに貢献する可能性が、本来民主主義にはそれが蔵されているはずであるにもかかわらず、打ち捨てられてしまう、とされるからである。

この熟議民主主義論であるが、さて、どのように受け止めたものであろうか。ここで、〈ロールジアン・パラダイム〉において、共有の事柄として念頭に置かれていた基本的な理論的課題がどのようなものであったかを、あらためて努めて思い出してみよう。それは、多様な善が所与として多元的に並存するなかで、それらのどの特定の善にも排他的に依拠するようなことなく独立に正当化可能な正義はいかなるものとして構想されうるか、というものであった。翻って熟議民主主義論は、熟議を通じた〈選好の変容〉の可能性にきわめて大きな意義を付与し、熟議当事者たちが、何が〈共通善〉であるかの認識に到達することは原理上可能であるという点に、民主主義論の刷新の希望を見いだす立場、と了解されるようにまずは思われる。このように対置すると、〈ロールジアン・パラダイム〉との関係では熟議民主主義論は、そのいわゆる〈共通善〉の前では上記の性格の〈正義〉はその存在理由を失うことになるようにも思われることから、端的に対抗の関係に立つ立場、と位置づけられることとなりそうである。

しかしながらそのような対置は、事の根源にまで考えが至っていない皮相の把握である、といわなければならない。その理由はこうである。すなわち、先には基本的人権論の一展開動向としてフェミニズムの主張に立ち入ったところであるが、事を国憲がいかに構成されてあるかという次元で考えるならば、人権の保障こそを期した近代立憲主義——この理念は、

頁；田村『熟議の理由』（前出注(41)）、13-14、31-32、34-42頁；同『政治理論とフェミニズムの間』（前出注(31)）、35-36、89-90頁参照。

国憲の保障する〈正義〉に関わる一〈哲学〉であると考えられなければならない——も、国憲の〈正統性〉の維持と追求に関わる〈民主主義〉も、いずれも国憲の枢要な構成要素である、というように捉えられなければならないからである。問題は、これらの両者がいかにして相互に整合的に把握されうるか、に存する。これは難題ではあるが、ともあれ、事はこの次元で考察されなければならない。

4 哲学と民主主義：再論

この最後の第Ⅲ章は「ポスト・リベラリズムの正義論のありかをさぐる」と題されていたわけであるので、そのとおりに、さぐる概括的考察を以下、手短に行うこととしよう。その際、小論冒頭にて注目をした「哲学に対する民主主義の優先」テーゼにいま一度立ち戻り、これにつき再考する、というスタイルを採ることにする。小論はささやかな円環構造をなすことになる。

そもそも「哲学」に「優先する」とされる「民主主義」に、〈共通善〉をめざすといういっそう高い志を掲げさせることを構想する熟議民主主義ではあるが、この理論にあっては上記のプライオリティが変わらず引き継がれ、熟議という人為、政治という人為の次元を超えたところに見定められる・「哲学」に基づく事柄は、論の舞台上に上がってくることはない。

しかし、まさにその人為の次元の現実には煮え湯を飲まされてきたフェミニズム・サイドとしては、〈選好の変容〉の可能性に駆動される造りとなっているこの熟議民主主義という企図それ自体に対し、そうやすやすと抜本的な変革の希望を託せるであろうか。熟議がなされるそのあり方を前提段階で規定する国憲のあり方が、かりに女性に対し不利に、さらには差別的に働くような、「構造的な」——その「構造」がいわゆる上部／下部のいずれに属するかを問わず——アンフェアネスを蔵しているような場合、こ

れに対し熟議超越的に、民主主義超越的に、政治超越的に、まさに「哲学」に属する・法の下の平等原理違反＝人権侵害として非を鳴らし、この国憲に端的に切開手術を施すことを迫るいわば〈メス〉は、本当にまったく不要であろうか。

国憲の病理の切開手術のためにふるわれるメスたりうる〈哲学〉か、生ける国憲を成り立たせる主権者「民意」のうねりとしての〈民主主義〉か。いずれも大事であるに決まっていよう。しかし、あえて結論を述べるとすれば、〈民主主義〉といえども、ある意味で「人為を超える」次元を併せ手放さないでおくことは明確に重要である、というところに落ち着こうか。このことはそれ自体、人為の歴史から苦勞して得た、しかし歴史を超える、ないし特殊な歴史に従属するものではないことを宣言する一の叡智、というべきであろう。

日本国憲法97条は、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである」と規定する。これはまさに、ここで述べた理をそのまま率直に言明したものと無理なく解されう。

「侵すことのできない永久の権利」の根拠づけの仕事は、哲学が引き受けるべき正義論上の仕事であろう。リベラリズム哲学発の正義論争が〈賢帝たちの争い〉の風趣に傾きすぎているように思われるとき、そこからの「^{ポスト}脱」が、議論の基調を本来的と考えられる筋に戻そうとする意図で打ち出されているかぎりには、それはむしろ事柄の性質によく沿っているというべきであろう。その趣旨のかぎりでは、「哲学に対する民主主義の優先」テーゼは見当外れではない。しかしながらそこに、哲学の締め出し、民主主義の一方的な優先までが含意されているとすれば、このテーゼに対してはなお慎重な態度を持しておくべきであると思われる。

Post-liberalism and Justice:
The Provisional Sketch of a Perspective of the Controversy

Kazumoto UEKI

Table of Contents:

I. Introduction

1. Philosophy and democracy
2. Theories of justice in the Rawlsian paradigm: The priority of justice over the good

II. Post-liberalism: Are we to leave liberalism?

——From the communitarians' point of view

1. Michael Sandel's critique of liberalism
2. Alasdair MacIntyre's critique of liberalism

III. Exploring for the location of the theories of justice as post-liberalism:

Wandering along the coordinate axes of Japan's Constitutional Law

1. Stage for consideration
2. Advancement of the theory of the fundamental human rights: With a reference to the principle of Equality under the Law and Feminism
3. Advancement of the theory of democracy: With a reference to Deliberative Democracy
4. Philosophy and democracy reconsidered